

EL DENOMINADO “PROCESO JUSTO”

Antonio María Lorca Navarrete

Doctor en Derecho, Universidad de Granada. Docente en la Universidad del País Vasco. Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal y de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje.

1. EL DERECHO PROCESAL CONCEPTUADO A TRAVÉS DEL GARANTISMO PROCESAL COMO METODOLOGÍA DE ESTUDIO

A veces -y con alguna razón- suele parangonarse la actividad del procesalista con el *metier* de un dogmático. Se dice que, a menudo, el procesalista se comporta como un dogmático fundamentalmente cuando mantiene sus opiniones como verdades inconcusas.

Y en esa misma línea de sintonía con el dogmático, se añade que la ocupación del procesalista ha de ser inflexible donde las hayas, apegada a antañonas concepciones doctrinales -como p. ej. que la “Jurisdicción” o, lo “jurisdiccional” unido al derecho (lo que se ha dado en llamar “derecho jurisdiccional”) ¡qué más da! posee tantos o más atributos procesales que cualquier otro concepto al uso-.

Ningún objetivo común animaría, por tanto, a procesalistas y dogmáticos pues los primeros -entiendo yo- asumirían la **búsqueda del convencimiento** en el único lugar que -considero- puede hallarse la denominada “verdad” procesal: en la **plenitud de garantías procesales**; mientras los segundos, apoyados en antañones métodos expositivos, persiguen acomodarse a esa misma **realidad pero desconociendo** -a mi entender- el importante ámbito de garantía procesal que conlleva una **nueva metodología** de estudio de Derecho procesal sustentada en el **garantismo procesal** y de la que pretendo ser, al menos, uno de sus máximos valedores.

Omitiré la discusión sobre un par de asuntos, a saber: si en el horizonte del derecho procesal caben ambos (el procesalista y el dogmático -eso el tiempo lo dirá-) y si eso del “garantismo procesal” es sólo momentáneo o pasajero.

Ahora sólo me interesa subrayar que la “verdad” del dogmático y la “verdad” que persiguen los procesalistas -no los dogmáticos- exhiben notables diferencias.

En un censo provisional, yo apuntaría las siguientes:

i) en el derecho procesal las actuaciones que lo integran **exigen ser corroboradas** por su proyección de *garantía – garantía procesal*, se entiende-; en cambio para un dogmático no siempre sería preciso -ni ha sido preciso- vivificar la aludida proyección de garantía procesal (piénsese en los “procedimentalistas” -¡tan activos en el pasado siglo XX y, aún, en el actual siglo XXI!- para los que el concepto de garantía -procesal, se entiende- ni está, ni se le ve).

ii) la proyección de **garantía procesal** depende de su **autonomía** para actuar al margen de la aplicación de la norma -procesal, se entiende- al caso concreto. El **garantismo procesal**, aplicado al **proceso**, es **sustantivo** en su inequívoca **desvinculación** de cualquier intento de ser instrumentalizado. O sea que el **garantismo procesal** propugna su **propia autonomía** “deudora” (“deuda” -“debida”- sustentada en la metodología del garantismo procesal -¡los que luchan por una “Justicia efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales”!-, y que está en disposición, por ello mismo, de enmendar la plana a los que han visto y oído a través del peculiar “procedimentalismo”) sólo y exclusivamente con el sistema de **garantías procesales** que lo integra. A ver.

Lo importante no es que se aplique tal o cual norma procesal para solucionar la controversia sino que esa aplicación se realice-autónomamente, se entiende- en razón de la "deuda" -"debido proceso de ley"- contraída **con la aplicación de todas las garantías procesales** por ser una "deuda" que justifica que el "proceso" es "debido" -porque ha contraído una "deuda", se ha de entender de nuevo- con la aplicación de las aludidas garantías procesales. Así que cuando aclamo y proclamo que la "Justicia efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales" es porque la "*justicia efectiva*" ha contraído una "*deuda*" con la "*plenitud de garantías procesales*" ya que de lo contrario ni la "*justicia efectiva*" sería "debida" con el "*debido proceso de ley*" *ni respondería a la existencia de un "proceso justo" porque no sería consustancial al concepto de Justicia.*

iii) con el **garantismo procesal**, en fin, antepongo el humanismo -¡*la libertad de decidir del sujeto!*- frente al estatismo-¡*intervencionismo!*- ju-

risdiccional o el autoritarismo de lo que, algunos, denominan "derecho jurisdiccional".

De material tan sobreabundante, puede que afloren disputas interpretativas. Pero, con el mismo he querido, de entrada, "*marcar territorio*". Por lo tanto, manos a la obra.

Admitido lo anterior, he de convenir en que, mi afecto por la metodología del garantismo procesal aplicada al estudio del derecho procesal, ya viene de antiguo. Veamos.

El término "garantismo procesal" lo vengo utilizando desde 1989 y, entonces -como, lo sigo haciendo, ahora-, opte por su uso "como metodología de base". Con todo lo que ya anduve y he argumentado, hasta el momento, no estaría de más aludir, ahora, a garantismo procesal aunque no sea, ésta, la primera vez que lo hago. Ya así actué en 1985², en 1998³ y, luego, en 2003⁴, 2005⁵ y, más tarde, en 2007⁶, en 2008⁷

¹ LORCA NAVARRETE, A. M^a. *El problema de la Administración de justicia en España*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal [subvencionada por el Departamento de Presidencia, Justicia y Desarrollo Autonómico del Gobierno Vasco]. Bilbao. 1989, pag. 16.

² LORCA NAVARRETE, A. M^a. "La garantía procesal del Derecho", en "Revista brasileira de Direito Processual". 1985. Vol. 47.

³ LORCA NAVARRETE, A. M^a. Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del derecho. Organización judicial y principios rectores del proceso. Ed. Dykinson. Madrid 1998, pag. 1311 y "La garantía procesal del Derecho. Su tratamiento doctrinal", en Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (RVDPA), Número 3. 1998, pag. 535 y ss.

⁴ LORCA NAVARRETE, A. M^a. "El derecho procesal como sistema de garantías", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, núm. 107. mayo-agosto de 2003, pag. 531-557.

⁵ LORCA NAVARRETE, A. M^a. "La garantía del derecho procesal y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil", en La Ley N^o. 6346 de 25 de octubre de 2005, pag. 2.

⁶ LORCA NAVARRETE, A. M^a. "La garantía del iudicium. Del processus iudicii al iudicium", en RVDPA, 2. 2007; "El proceso 'con todas las garantías' (artículo 24.2 de la Constitución)", en el Diario La Ley. Año 28, N^o 6803. Viernes, 19 de octubre de 2007; y, "La garantía de la oralidad en la exigencia de tutela judicial efectiva civil", en RVDPA, 3. 2007, pag. 353 y ss.

⁷ LORCA NAVARRETE, A. M^a. "El Derecho Procesal conceptuado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado 'Derecho de la garantía de la función jurisdiccional'", en RVDPA, 1. 2008, pág. 15 y ss.; "La garantía del Poder Judicial ¿Aporía constitucional del Poder Judicial?", en Actualidad Jurídica. Aranzadi. Año XVIII. N^o. 742 de 3 de enero de 2008; "La garantía procesal en el ámbito instructorio: a propósito del juez instructor de garantías y del fiscal instructor. Fiscal instructor ¿Si o no? This is the question", en el Diario La Ley. N^o 6884 de 15 de febrero de 2008. Año XXIX. Sección Doctrinal; "La garantía procesal del derecho al recurso", en RVDPA, 3. 2008, pag 597 y ss.; "La garantía de la prueba de la causa petendi: pertinencia y carga probatoria", en RVDPA, 2. 2008, pag. 299 y ss. y en la revista electrónica peruana Justicia y Derecho. Año 2, N^o 3 Enero. 2009 en la dirección web: www.justiciayderecho.org; y "Garantismo procesal y participación ciudadana en la administración de justicia mediante la institución del jurado. El modelo español", en Revista del Instituto de la Judicatura Federal (mexicana), 25. 2008, pag. 87 y ss.

en 2009⁸ en 2010⁹ en 2011¹⁰. Y, en fin -¡por ahora!-, en 2012¹¹, son sólo -algunos- hitos del recorrido de mi atención -prendada y prendida- por esta fantástica, soberana y profunda temática relativa al garantismo procesal en el Derecho procesal.

2. EL GARANTISMO PROCESAL EN EL DERECHO PROCESAL

Para comenzar, en el examen e incidencia del garantismo procesal en el Derecho procesal, convengo en fijarme en algo homogéneo y circunscrito. Y, a ello, voy.

Al confugio de la meritada proclamación y aclamación según la cual "justicia efectiva significa, por

consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales" pretendo -¡otra cosa es que lo consiga!- aluzarla o llenarla de luz y claridad garantista ¡Vale!

Que felpée o atice la conciencia garantista del procesalismo y sus estudiosos es, sin duda, un acontecimiento inédito en nuestra más reciente historia de la procesalística en la que, fedegar o bregar con el anhelo de una justicia efectiva **vinculada** inexorablemente con el deseo de plenitud de garantías procesales, va a suponer, sólo de entrada, decantarse por una opción no **meramente instrumental** sino **efectiva** de la tutela judicial.

Ya sé que estas observaciones no pasan de reparos

⁸ LORCA NAVARRETE, A. M^a. Estudios sobre garantismo procesal. El Derecho procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado "Derecho de la garantía de la función jurisdiccional". Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal en coedición con la Universidad Antonio de Nebrija y Dijusa (libros jurídicos). San Sebastián. 2009, pág. 1 y ss; "La garantía de acceso a la demanda de tutela judicial efectiva por los particulares: las partes procesales", en RVDPA n° 1 de 2009, pag. 21 y ss.; "La garantía a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de intereses legítimos. La legitimación de la parte", en RVDPA. N° 2. 2009, pag. 315 y ss.; "Garantismo e Derecho Procesal -una aporía del método constitucional-", en Revista Latino-americana de Estudios Constitucionales. Año X. Vol. X. noviembre 2009; "El derecho de libertad de expresión como garantía del legítimo ejercicio del derecho de defensa", en el Diario La Ley, N°. 71333, Sección Tribuna de 12 de marzo de 2009. Año XXX; "Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor", en el Diario La Ley. N° 7158. Sección Tribuna de 21 de abril de 2009. Año XXXX. Ref. D-16 y "Garantismo y estafa procesal", en RVDPA, 3. de 2009 y en Actualidad Jurídica. Aranzadi. Año XVIII. N°. 777 de 11 de junio de 2009.

⁹ LORCA NAVARRETE, A. M^a. La garantía de la prueba de la causa petendi en el proceso civil. Algunas cuestiones jurisprudenciales. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal subvencionada por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). San Sebastián 2010, pag. 1 y ss.

¹⁰ LORCA NAVARRETE, A. M^a. "El garantismo procesal como metodología para el estudio del Derecho procesal. A propósito de la reforma del proceso civil en Chile", en RVDPA, 1. 2011, pag 33 y ss; Derecho Procesal civil de Honduras. Mc Graw Hill, Editorial. México DF. 2011; "Garantismo y proceso: una lectura de la Constitución peruana a propósito del garantismo como metodología de estudio del Derecho Procesal" en: Proceso y Constitución (Obra colectiva). Giovanni F. Priori Posada (editor). Ara Editores. Actas del II. Seminario Internacional de Derecho Procesal Proceso y Constitución llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 10 y el 13 de mayo de 2011. Perú, 2011 y "El garantismo procesal como metodología para el estudio del Derecho Procesal" en Justicia Civil Y Comercial: Una Reforma ¿Cercana? (Obra colectiva) Francisco J. Leturia Infante (editor) Coordinador edición: Claudio Fuentes Maureira. Pontificia Universidad Católica de Chile. Universidad Diego Portales. Universidad del País Vasco. Libertad y Desarrollo. Esta publicación ha sido realizada con el apoyo financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). Santiago de Chile, mayo 2011.

¹¹ LORCA NAVARRETE, A. M^a. Constitución y proceso declarativo civil. De la garantía procesal a un proceso justo a un proceso con todas las garantías procesales. I La garantía procesal del proceso declarativo civil. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián. 2012.

humildísimos al vigoroso, documentado y atractivo planteamiento que se nos oferta -¡ya!- a través del entero orbe normativo procesal. Por ello, son asuntos que piden un debate en toda regla (en el que no quisiera sorprenderme como quien llevara las de perder) pero que, en el entretanto, me dan aire para **no seguir** acomodándome al status quaestionis más sólitico; aunque, eso sí, intentaré apurar las consecuencias en otra dirección **que no es** la habitual. O sea, en la dirección garantista.

Y a lo que voy. No es posible dudar, en el momento presente de la exposición del derecho procesal, sobre su **funcionalidad** que no sobre su **instrumentalidad**. O sea, que, cuando el derecho procesal hace posible -¡jojo!- **la actuación** del ordenamiento jurídico, asume un cometido funcional consistente en llevar a cabo la llamada **función jurisdiccional**. Y definida de consuno la jurisdicción como "potestad" ("de administrar justicia"), el ejercicio de ésta [la "potestad"] se concreta "funcionalmente" a través de la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de Juzgados y Tribunales jurisdiccionales independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Ley.

Encalabrinado e inducido por estas ideas debo confesar lo siguiente: el Derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la **función jurisdiccional** y, desde esa perspectiva, **se sitúa** -la función jurisdiccional, se entiende- **no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías procesales en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia** en modo tal que, cuando el derecho procesal hace posible el ejercicio de la función jurisdiccional, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado mediante la "*potestad*" de administrar justicia, está primando el **sistema de garantías procesales** que contiene; no siendo afortunado señalar que el derecho procesal contempla, fundamentalmente la aplicación -vertiente instrumental- a través de su normativa específica, del ordenamiento jurídico ya sea civil,

laboral, penal, o en fin, contencioso-administrativo¹².

Salta a la vista, pues, que el derecho procesal es **funcionalmente autónomo** por cuanto que su cometido es actuar la norma en tanto en cuanto **se aplique la norma procesal con arreglo a su propio y autónomo sistema de garantías procesales a las que se "debe" o es "deudora"**, asistiéndose, de este modo, **al alumbramiento del concepto de "debido proceso"** ["deudor" con la aplicación de las garantías procesales] o "proceso justo". Y, a ver.

3. EL "PROCESO JUSTO"

El "proceso justo" lo es "justo" porque es **garantía de la aplicación de las garantías procesales**. Pero, ¡atención! nada más. **No es** "justo" porque en él se establezca la "verdad" (o sea, la manoseada "justicia" "mi justicia" o "tu justicia"). Como mucho, el "proceso justo" -que lo es "justo" por aplicar inexorablemente las **garantías procesales**-, **lo que garantiza no es la "verdad"** (o sea, la "justicia") sino el "convencimiento" **de la parte respecto de que se ha desarrollado un "proceso justo"**.

De ahí que el concepto de "justicia" **no se garantiza en ningún caso porque será extremadamente difícil que el "proceso justo" convenza a ambas partes al existir siempre un "ganador"** (que insistirá en la "verdad" -o sea, la "justicia"- de sus pretensiones) **y un "vencido"** (que puede insistir e insistirá, igualmente, en la "verdad" -o sea, la "justicia"- de sus pretensiones a pesar de haber sido vencido). Luego, el "proceso justo" **tan sólo garantiza la aplicación de las garantías procesales. No la "verdad"** (o sea, la "justicia"), que no existe -se entiende, la "verdad" (o sea, la "justicia")-.

Para que se me entienda mejor: la garantía procesal a un "proceso justo" **no es garantía de la "justicia" de la sentencia** ["fallo"]. **Sólo es garantía de que se han respetado las garantías procesales. Y, por ello, que ha existido un "proceso justo"**. O, en ter-

¹² LORCA NAVARRETE, A. M^a. Tratado de Derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil. (Con CD-ROM como apéndice documental en el que se contiene el Anteproyecto de Ley procesal civil, Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento civil, Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento civil, Comparecencias en la Comisión de Justicia de diversas personas para informar del Proyecto de Ley de enjuiciamiento civil, Tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de enjuiciamiento civil [Congreso de los Diputados y Senado] y texto íntegro de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil) Editorial Dykinson. Madrid. 2000, pag. 7.

minología anglosajona, **un fair play**. Que ha habido "juego limpio". Pero, nada más.

Me mostraría pretencioso y, cómo no, extremadamente pedante **si trasladara**, a quien lea estas ideas de cosecha propia, la creencia de que cuando un Tribunal "falla", con ocasión de la sentencia que pronuncia, hace "justicia". Muy al contrario. La manoseada "justicia" de los Tribunales se **compendia siempre** en un "fallo". La "justicia" siempre "falla".

No me parece, pues, desafiante pese a las apariencias, sostener al mismo tiempo la existencia de un "proceso justo" y sin embargo originador del "fallo" que en el mismo se adopte, llámesele "verdad" o "justicia".

Y asumo esa opción -no tan estilista- por las propiedades **dialécticas** que tiene hablar de un Derecho procesal **que contribuye**- ¡es cierto!- **a la hechura** de la "verdad" o "justicia" pero **que no se hace responsable** de la misma porque, precisamente, haya propiciado la existencia de un "proceso justo" que, al fin al cabo, sólo **nos asegura un** "fallo".

Para que se me entienda. Al procesalista sólo le interesa el "proceso justo". No la justicia.

De ahí que el derecho procesal desee hacer frente a la **aplicación patológica** de la norma jurídica **mediante un sistema de garantías sustantivo y autónomo** que haga posible el "proceso justo". Sin que sea su finalidad primordial alcanzar la "verdad" o "justicia".

Sería enormemente **pretencioso** atribuir al Derecho procesal esa finalidad. El Derecho procesal no **asegura la** "verdad" o la "justicia". Solo existe el "fallo" de la propia "justicia" -o si se quiere de la "verdad"-.

O sea que el Derecho procesal es, ante todo, el derecho que **trata de poner remedio a la patología jurídica mediante un** "proceso justo". No mediante la "verdad" o la "justicia". Y a partir de la anterior premisa, me ubico **no en una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente en la aplicación de un sistema de garantías procesales que actúa con autonomía y sustantividad propias. No como un subsistema.**

Y sí como el "proceso justo".

Y por el sendero marcado irán de principio a fin las reflexiones que siguen.

4. LA "DEUDA" CONTRAÍDA CON LA APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES

Al parecer es muy variopinto el vestuario del que se vale el derecho procesal para exhibirse (a veces, equívocamente). Pero será suficiente reparar en que su examen y estudio, desde una vertiente **exclusivamente instrumental**, supone atender o priorizar, de un modo un tanto áspero, su finalidad práctica; esto es, la **actuación** del ordenamiento jurídico, pasando a un lugar secundario su más importante y primario contenido **sustantivo** como ordenamiento jurídico, consistente en hacer posible la función **jurisdiccional** a través de un **sistema de garantías procesales que haga posible, en todo momento e hipótesis de patología, la tutela judicial efectiva a través de la "deuda" contraída con la aplicación de las garantías procesales**. O sea, y para que se me entienda mejor, con el "debido proceso" o "proceso justo".

Y, entonces, desde un enfoque estratégico, se detecta ya una conclusión en nada desdeñable: que, el ámbito **funcional** del ejercicio de la jurisdicción -consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado-, es, ante todo, **procesal**. No es, en cambio, procesal el ámbito de **potestad** [jurisdiccional] de ese ejercicio relativo al Poder Judicial o jurisdicción. De ahí que, la "potestad jurisdiccional", implique una acepción constitucional de la jurisdicción, mientras que su desarrollo, a través de la "función jurisdiccional" -consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado-, sea ya **procesal**. Sí. No me cabe la menor duda e invito al paciente lector a participar de esa -para mí- consideración indubitada.

Por ello, no en vano debo decir que la "potestad" **no es lo mismo o sinónimo** que "función jurisdiccional", y, en base a ese planteamiento, no es técnicamente correcto reconducir el denominado Derecho Jurisdiccional o Derecho de la jurisdicción hacia el Derecho procesal como hace cierto sector doctrinal español encabezado por Montero Aroca; por lo que el Derecho procesal no es un Derecho

Jurisdiccional¹⁴.

O dicho de otro modo, no es derecho procesal el ámbito de **potestad** [jurisdiccional] que afecta a la función [jurisdiccional] al justificarse ese pretendido Derecho Jurisdiccional o Derecho de la jurisdicción en el Poder Judicial o jurisdicción. **Pero, no en la función** -jurisdiccional, se entiende-.

O sea -y reitero- que con el **garantismo antepongo** el humanismo procesal -¡la libertad de decidir del sujeto!- **frente al estatalismo**-¡e intervencionismo!- **jurisdiccional** o el **autoritarismo** de lo que, algunos, denominan “Derecho jurisdiccional”. “Desde esa óptica -dice Petit Guerra- el debido proceso no es propiedad de los Estados cuando sí de los ciudadanos; que no podemos confundir con la potestad del Estado -dice- de imponer la justicia de forma monopólica”¹⁵.

Por tanto, de entre esto último, lo que constituye para mí el dato a tener en cuenta es el siguiente: “el debido proceso no es propiedad de los Estados cuando sí de los ciudadanos”¹⁶ -énfasis mío-.

La criterología, así diseñada, ambiciona valer como **superadora** de las propuestas **estatalistas o jurisdiccionalistas** -o propias de la existencia de un Derecho Jurisdiccional- (con sus variantes “*progresistas*”-algunas de ellas simples encubrimientos de teorías de filiación marxista-, “reformistas” o, en fin, “conservadoras”) y se **centra** en la persona al que no le interesa, en un primer momento, si la decisión adoptada, por quien integra la potestad jurisdiccional del Estado de administrar justicia, es correcta o deja de serlo; interesa sólo las razones que garantizan -autónomamente, claro está- su sustento procesal. Al control de la persona, al tiempo que no le resulta indiferente saber por qué el detentador de la potestad jurisdiccional-de la Jurisdicción, se entiende- del Estado ha llegado a una concreta valoración fáctica, no ha de serle indiferente la aplicación de las garantías procesales que son “deudoras” -“debidas” a un “proceso justo”- de cómo se justifica el por qué el detentador de la potestad jurisdiccional del Estado ha llegado a una

concreta valoración fáctica.

Esta advertencia importa mucho para usufructuar, con provecho, la persona y el ámbito de garantías procesales que el ordenamiento jurídico le reconocen.

5. PROCESO Y CONSTITUCIÓN

Con la claridad por delante -para saber dónde hay que ubicarse- y empezando por lo menos anodino, no me parece del género pedestre apuntar que, el ejercicio de la función jurisdiccional a través del Derecho procesal, implica, básicamente, la existencia de un sistema de garantías de justificación constitucional que se proyecta a través del llamado proceso de la función jurisdiccional. No, del denominado Derecho Jurisdiccional.

Surge, entonces, el denominado garantismo procesal, de justificación constitucional, que obliga inexorablemente a conceptuar el Derecho procesal, no como un Derecho Jurisdiccional-sin los *approaches* descriptivos/prescriptivos de las propuestas estatalistas o jurisdiccionalistas (con sus variantes “progresistas” -algunas de ellas simples encubrimientos de teorías de filiación marxista-, “reformistas” o, en fin, “conservadoras”)-, sino como un derecho de la garantía de la función jurisdiccional¹⁷.

Y lo diré. El garantismo procesal, de justificación constitucional, supone la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional de aquí y ahora. Vale.

Surge, de este modo, la concepción del proceso como sistema de garantías procesales -de la función jurisdiccional, se entiende- y la unión entre proceso y Constitución.

A priori, se abre un amplio panorama. Por lo pronto, esa concepción es rupturista con el procesalismo pretérito porque no surge vinculada al débito

¹⁴ LORCA NAVARRETE, A. M^a. Tratado de Derecho procesal civil. Parte general., cit., pág. 11.

¹⁵ PETIT GUERRA, L. A. Estudios sobre el debido proceso. Una visión global: argumentaciones como derecho fundamental humano. Ediciones Paredes. Caracas. 2011, pág. 264.

¹⁶ PETIT GUERRA, L. A. Estudios sobre el debido proceso. Una visión global., cit., pág. 264.

¹⁷ LORCA NAVARRETE, A. M^a. Estudios sobre garantismo procesal. El Derecho procesal conceptuado, cit., pág. 4.

del *solemnis ordo iudiciarius*.

Cuando de iure son posibles varias opciones, cae de su peso que ha de preferirse la mejor. Si bien al particular se le toleran veleidades masoquistas en su esfera privada, en cambio elegir la mejor solución es siempre obligado para todo aquel que ejercite la función jurisdiccional; esto es, una atribución otorgada en consideración al interés de otros. La Administración de justicia no puede ser, en esto, una excepción, como es evidente. Entonces, no tendré más cuajo que admitir que, el proceso como sistema de garantías procesales, supone otorgar, al ámbito heterocompositivo de la función jurisdiccional, una respuesta constitucional sustantiva, procesal y de "aquí y ahora", respecto de éste [y no otro] concreto momento constitucional, en contraposición con una proyección exclusivamente instrumental atemporal y acrítica del habitual y común procedimentalismo al uso.

Pero, el asunto de la "opción mejor" merece alguna que otra puntualización. Y la diré. La interpretación y aplicación de las normas procesales tiene trascendencia constitucional, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a elegir la interpretación de aquella que sea más conforme con el principio *pro actione* y con la efectividad de las garantías procesales que se integran en esa tutela; de suerte que si la interpretación de la forma procesal no se acomoda a la finalidad de garantía, hasta el punto que desaparezca la proporcionalidad -principio de proporcionalidad- entre lo que la forma demanda y el fin que pretende, olvidando su lógica y razonable concatenación sustantiva, es claro que el derecho fundamental a la tutela efectiva resulta vulnerado. Lo que se me antoja como un "principio general del garantismo procesal constitucional".

En efecto, ir en pos de la "opción mejor" -entre las posibles- me incita y concita a afirmar que las exigencias constitucionales del ejercicio funcional de la jurisdicción (garantismo constitucional de la norma procesal) se hallan particularmente aseguradas, en su aplicación a través de la existencia misma del proceso de la función jurisdiccional en orden a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Vale. Pero, el camino que evidencia la existencia misma

del proceso de la función jurisdiccional -la metodología- tiende hacia la atomización a través de la técnica adjetiva del procedimiento.

Y así, mientras que las garantías procesales del "debido proceso" sustantivo de la función jurisdiccional -sustentadas en el método constitucional- son esencialmente uniformes, no ocurre lo mismo con las técnicas adjetivas que las leyes de procedimiento utilizan para tipificar el procedimiento. Y mírese por qué.

Abundaré un poco sobre esto último ¿En qué sentido? En el sentido consistente en que los problemas no existen tanto en la metodología de alcance sustantivo-constitucional, sino más bien en la procedimental. Mientras la primera -la de alcance sustantivo-constitucional, se entiende- responde al esquema de las garantías procesales constitucionales "de aquí y ahora" de un servicio público de la justicia, en cambio no ocurre lo mismo con la metodología de apoyo procedimental. Es la metodología que sobre el garantismo procesal expuse en 1988-1989¹⁸ De manera que se podría sugerir que, la tan arraigada tendencia a no incomodar el procedimentalismo, sería la versión de la célebre diferencia celtibérica más atenta a la atomización adjetiva que a la uniformidad sustantiva-constitucional del ejercicio funcional de la jurisdicción.

6. LA GARANTÍA PROCESAL DE LA DISTINCIÓN ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Si contra el riesgo de la arbitrariedad jurisdiccional no conozco otro antídoto que el garantismo procesal a la fuerza habré de admitir que, en el ámbito del Derecho procesal, el proceso de la función jurisdiccional, ha de proyectarse -en la práctica- en el ejercicio de la función jurisdiccional, a través de un modelo adjetivo y, por ello, procedimentalista en el que es posible ubicar determinadas fases o períodos -más o menos típicos-. Tales fases o períodos, en la medida en que lo compartimentan, se hallan abocados hacia un modelo sumamente técnico y mecanicista. Así, y de un lado, se hallaría la sustantividad garantista del proceso y, de otro lado, la tecnificación mecanicista y adjetiva del procedimiento.

¹⁸ LORCA NAVARRETE, A. M^a. El problema de la Administración, cit., pág. 17 y 19

Vale ¿O, no? Si vale, he de admitir que no siempre se sigue un modelo estancado -de compartimentos estancos, se entiende-, aunque, en todo caso, exista o no compartimentación en el modelo que se adopte, surge la querencia hacia el binomio proceso/procedimiento.

En lo que concierne al primero [el proceso] no me asalta la duda acerca de que asume, frente al procedimiento, un carácter sustantivo y comprometido con la realidad constitucional con apoyo en el sistema de garantías procesales que al justiciable debe ofertar (metodología constitucional del proceso de la función jurisdiccional).

En lo que atañe al segundo, en cambio, el procedimiento es atemporal y acrítico a través del soporte que le brindan, sólo y exclusivamente, las esenciales garantías procesales -entiéndase, como tales, las garantías procesales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes-.

Y no digo que esté equivocado (tampoco lo contrario), pero debo de reconocer que el procedimiento es técnicamente una realidad formal y ritualizada frente al proceso [de la función] jurisdiccional que, a diferencia del procedimiento, es la realidad conceptual que posibilita el acceso al garantismo del Derecho procesal, a través del "debido proceso" de la tutela judicial efectiva, mediante una sustantividad debida (y "deudora" con la garantías del "debido proceso" o "proceso justo") -procesalmente-.

Y, toda vez que, el esclarecimiento de la dicotomía proceso/procedimiento no necesita -pienso para mí- de otras credenciales epistemológicas, en ella me sumerjo directamente. Así, el proceso se constituye en la justificación del procedimiento. Lo que no significa que no pueda existir procedimiento sin proceso, puesto que el primero es tecnificación mecanicista y adjetiva, y el segundo no -claro que no-, al hallarse comprometido con la base garantista del "aquí y ahora" constitucional (metodología constitucional del proceso de la función jurisdiccional). Y aquí es a dónde quería llegar: ambos -proceso y procedimiento- son hipótesis de trabajo autónomas.

Para no desarmar semejante emparejamiento bivalente me permitiré la siguiente excursión metodológica. La diré. El procedimiento es una realidad conceptual abstracta -formal y adjetiva- en el que, su razón de ser y justificación, se la brinda el proceso que opera siempre con la referencia del más escrupuloso respeto al sistema de garantías procesales que el ordenamiento jurídico constitucional establece. En cambio, el proceso es sustantividad comprometida constitucionalmente. El procedimiento es formalidad acrítica y mecanicista. El proceso, al contrario, con su sustantividad garantista justifica y corrige las "anomalías" en la aplicación mecanicista y técnica del procedimiento¹⁹

Para que se entienda mejor. La atemporalidad de las normas, en su vertiente procedimental, las ha justificado históricamente como válidas tanto en tiempos de monarquía, república o dictadura. Por el contrario, el proceso de la función jurisdiccional, en su vertiente conceptual, es una realidad, ante todo, sustantiva que se halla vinculada y comprometida con la realidad constitucional de "aquí y ahora" y con el sistema de garantías procesales que esa realidad comporta.

Vamos, que el procesalista que se precie ha de asumir el "compromiso constitucional" que no es político, ya que la Constitución, como norma suprema, es apolítica. Es de toda la ciudadanía.

7. LA GARANTÍA PROCESAL POSEE UNA CONCEPTUACIÓN FUNCIONAL CONSTITUCIONAL: LA INUTILIDAD SOBREVENIDA DE CONCEPTOS Y PRINCIPIOS TRADICIONALES DEL PROCESALISMO PRETÉRITO COMO LOS REFERIDOS A LA ACCIÓN, LA JURISDICCIÓN O LAS FORMAS PROCEDIMENTALES (PROCEDIMIENTO)

Tengo la impresión de no estar sacando las cosas de quicio cuando me hallo convencido de lo siguiente: la garantía procesal posee una concepción funcional constitucional. Sí. Hay que decirlo. El proceso es garantía, en tanto en cuanto afianza y protege, según el referente constitucional, el tráfico de los bienes litigiosos [patológicos].

¹⁹ LORCA NAVARRETE, A. M^a. Tratado de derecho procesal civil. Parte general, cit., pag 25.

Me complace decir que esa funcionalidad -la del proceso que es garantía- se modela con el referente constitucional a través de una sustantividad que ha preterido los planteamientos amorfos sin referentes temporales.

Y henos aquí que la crítica temporalidad de la sustantividad procesal se justifica en la aplicación del compromiso constitucional. La sustantividad, crítica y temporal del proceso, se vincula con las garantías procesales que la Constitución ampara y establece. Y mírese por dónde, que arriba al garantismo constitucional de la norma procesal. Por lo que no tendré más cuajo que admitir que, el proceso -el de la función jurisdiccional-, es compromiso constitucional porque la Constitución garantiza que, aquel [el proceso], pueda ampararlos derechos mediante las garantías procesales a las que se "debe" o es "deudora", asistiéndose, de este modo, al alumbramiento del concepto constitucional de "debido proceso" ["deudor" con las garantías procesales] o "proceso justo" ¡Nada menos!

En limpio: la garantía procesal, en su vertiente funcional, se justifica porque se ampara en la existencia de un compromiso -constitucional- con el "debido proceso" de la tutela judicial efectiva. Y ese amparo no es amorfo, sino sustantivo por exigencias de aquel compromiso.

Entonces, y en la medida en que el proceso es compromiso [constitucional] de garantía funcional en el tráfico de bienes litigiosos [patológicos], se proyecta -se entiende, el proceso-, en su sustantividad, autónomamente. Y henos aquí que no interese tanto que el proceso aplique tal o cual norma en el ámbito del tráfico de bienes litigiosos, sino que, aquel [el proceso], sea garantía autónoma de aquella actuación sustantiva comprometida constitucionalmente.

Y aquí es a donde yo quería llegar nuevamente. Sus criterios funcionales de actuación -los del proceso, se entiende- son ordinarios en la medida en que asume el compromiso constitucional de actuarlos. La razón: porque el ámbito de protección, a través del "debido proceso" de la tutela judicial efectiva que funcionalmente aplica de forma autónoma, es ordinario. No es excepcional o propio del ejercicio

de una función jurisdiccional especial o excepcional. No. En caso contrario [de no existir tal compromiso de actuación ordinaria] aquel carácter extraordinario o no común -de ejercicio excepcional de la función jurisdiccional; o para decirlo de otro modo: el reconocimiento del ejercicio de funciones jurisdiccionales excepcionales- sería inconstitucional o contrario a la Constitución.

A la vista de estos datos, y en su vertiente de legalidad ordinaria, el proceso es funcionalmente autónomo. Su sustantividad le impide, además, ser adjetivo, acrítico y mecanicista. O en fin, ser vicario de la norma que actúa. Así se desprende del carácter "debido" a la tutela judicial efectiva que la norma constitucional reclama.

Y henos de bruces con otra realidad no menos importante: la "deuda" contraída por el "debido proceso" de la tutela judicial efectiva es, ante todo, sustantividad garantista autónoma. Y, además, sustantividad garantista común y ordinaria. Lo que me lleva a enfatizar que la funcionalidad autónoma del proceso, justificada en criterios ordinarios o comunes que asumen el compromiso constitucional, se proyecta, a su vez, en una funcionalidad sustantiva que es garantía de jurisdiccionalidad, y, también, en una funcionalidad formal que es garantía, a su vez, de adjetivación procesal de esa jurisdiccionalidad. Conclusión: esa funcionalidad es expansiva.

Para disipar malentendidos sobre la pertinencia de la anterior conclusión -la relativa al carácter expansivo de la funcionalidad garantista constitucional del proceso- no está de más indicar que su conceptualización garantista [como sistema de garantías procesales] en su vertiente funcional, como compromiso constitucional, evidencia la inutilidad sobrevenida de no pocos conceptos y principios tradicionales del procesalismo pretérito, los cuales [sobre todo los referidos a la acción, la jurisdicción o las formas procedimentales (procedimiento) de tutela], han venido siendo considerados como las bases en las que se justificaba [y aún hoy se justifica] la mayor parte de la doctrina procesal.

La razón es preciso hallarla en que el proceso, como garantía, es el cauce para legitimar la norma procesal ordinaria que, por razón de esa legitimidad, se constituye desde su proteica e irreducible sustanti-

vidad en el concepto clave.

Y lo he de decir en razón de ese carácter de concepto clave que reclamo. Ni el concepto de acción, ni el de jurisdicción, ni, menos aún, las formas del procedimiento [procedimiento], pueden competir con el proceso como garantía procesal ordinaria de aplicación del compromiso constitucional consistente en amparar, en el tráfico de bienes litigiosos [patológicos], los derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos. Y así y si bien la posibilidad de "accionar" se atribuye a "todos" en condiciones de igualdad, y se justifica en un vínculo de medio a fin con la "tutela" sustantiva que oferta el proceso [derecho a obtener el "debido proceso" de la tutela judicial efectiva]; lo determinante es aludir a una efectividad sustantiva de la posibilidad constitucional de "accionar", que es garantizada a "todos", a través del proceso.

Pero repárese en que esa efectividad [sustantiva] es dinámica, superadora de la evolución científica que arranca de los teorizadores alemanes del siglo XIX, acerca del derecho de acción que tradicionalmente se ha reivindicado como autónomo en sus formulaciones clásicas en sentido abstracto, como presupuesto externo y preexistente entendido como "posibilidad" o "libertad" de accionar (teorías abstractas de la acción), o en sentido concreto como derecho de obtener una resolución judicial favorable (teorías concretas de la acción). La autonomía del derecho de accionar en su proyección abstracta constreñida a una mera "posibilidad" o "libertad" de accionar, es ineficaz e insustancial en relación con la dinamización sustantiva y garantista del proceso por su concreción. Pero, tampoco esa autonomía del derecho de accionar en su proyección concreta es determinante, por cuanto, un supuesto derecho a obtener el "debido proceso" de la tutela judicial efectiva, sería más bien inconcebible en el modelo constitucional del proceso que se postula en el que se ampara tan sólo -¡atención!- los presupuestos ordinarios que son garantía para aquella tutela judicial efectiva, pero no para su concreción en sentido favorable.

Para que se me entienda: lo determinante es aludir -lo he dicho renglones antes- a una efectividad sustantiva de la posibilidad constitucional de "accionar", que es garantizada a "todos", a través del "debido proceso" de la tutela judicial efectiva mediante

criterios de flexibilidad, proporcionalidad y apertura que permitan una completa garantía de funcionalidad jurisdiccional para todas las partes en el proceso de la función jurisdiccional y que posibilite, en todo caso, decantarse por la solución a favor de un pronunciamiento sobre el fondo del debate en aplicación, ahora sí, del principio pro actione.

Y, a ver ¿Qué nos queda? Nos queda un derecho de "acción" en sentido constitucional, no como un mero "derecho al proceso", y sí como un derecho a la tutela que garantizará -garantismo procesal- el proceso: como un derecho a una efectiva tutela. Pero, constitucional. No procesal.

Ahora, el procedimiento. Respecto del procedimiento y si bien la "tutela" jurisdiccional se encuentra, en todo caso, garantizada ante los órganos jurisdiccionales ordinarios por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, las "formas" del procedimiento han dejado de ser un fin en sí mismas, por cuanto sólo se justifican en la temporalidad crítica y ordinaria que garantiza el proceso(o sea, el derecho a un proceso con todas las garantías procesales).

Y, por último, la jurisdicción. Respecto de la jurisdicción es preciso indicar que el sistema -reclamo, de nuevo, la atención del paciente lector- funcional de garantías es procesal. No es jurisdiccional. No es tampoco atinente al Derecho Jurisdiccional. La razón es preciso hallarla en que la potestad jurisdiccional afecta, no al proceso cuanto más bien, al Poder Judicial o Jurisdicción o, en fin, el denominado Derecho Jurisdiccional.

En limpio. Se accede, en el modo expuesto, a un modelo de procesalismo abierto -y expansivo- a los diversos modos de integración, racionalización o especificación que el legislador ordinario es siempre libre de proyectar. Pero repárese en que, ese modelo, sólo se justifica en unas garantías procesales concebidas en términos dinámicos con capacidad de adaptación al "aquí y ahora" constitucional, por razón del compromiso constitucional que asume el proceso. No, el procedimiento. Por ello, se está en presencia de un modelo de proyección temporal [mutante] y sumamente crítico. Esa dinamización-expansibilidad- equivale a reconocer que las garantías procesales no son abs-

tractas. Actúan críticamente el modelo concreto de "debido proceso" de la tutela judicial efectiva que establece la Constitución.

Y propósitos parejos se hallan en el archimentado "debido proceso sustantivo". Para mí -me apoyo en la ilustración de la reiteración para expresarme, en el modo en que deseo, renglones seguidos-, el proceso -de la función jurisdiccional- se caracteriza, de un lado, por su contenido sustantivo que asume la materialidad constitucional de aquí y ahora y, de otro, por la "debida" instrumentación, a través del procedimiento, de esa sustantividad garantista, alcanzándose así -salvo mejor parecer- el debido proceso sustantivo en el modo -parece ser- postulado por Almagro Nosete.

A ver. Se trataría de la conexión, en palabras de Almagro Nosete, de "las meras formalidades -énfasis mío- de un proceso, con las condiciones de justicia del mismo para garantizar que el ciudadano sea razonablemente enjuiciado sin atentar a sus derechos fundamentales" -énfasis, de nuevo, mío- y que sólo encuentra (ahora lo digo yo) su justificación -el carácter de "debido y sustantivo" del proceso- en la medida en que corrige, en cada momento histórico, la atemporabilidad e instrumentalidad rituarial y adjetiva del procedimiento -de "las meras formalidades" en palabras, de nuevo, de Almagro Nosete-.

Y, a lo que voy. Me ubico más allá de la mera consideración constitucionalista almagrista (de autoría de Almagro Nosete) y propugno la funcionalidad-sí, la funcionalidad- de un Derecho procesal -funcionalmente- autónomo por cuanto que su cometido es actuar la norma procesal con arreglo a su propio y autónomo sistema procesales de garantías a las que se "debe" o es "deudora", asisténdose, de este modo, al alumbramiento del concepto constitucional de "debido proceso" ["deudor" con las garantías procesales] o "proceso justo" (Esto sí que ya es de mí autoría. No de autoría almagrista). Me explico: sin la funcionalidad del Derecho procesal de justificación humanista (o defensora de los Derechos de la persona) sería impensable el constitucionalismo almagrista. Y -vuelvo a la carga y espero no ser cargante- lo indicado renglones antes sí que es de mí autoría.

De ahí que, ahora sí me ubique más allá del constitucionalismo almagrista y reivindique que es preciso garantizar que el proceso de la función jurisdiccional constituya, en cuanto a su carácter "debido" y sustantivo, garantía de un "proceso justo" en razón de su inequívoca funcionalidad de justificación humanista(o defensora de los Derechos de la persona). Es, en mi concepción, el derecho al "debido proceso" de la tutela judicial efectiva.

Anote el paciente lector el cambio de rumbo propuesto -y asimílelo- no vaya a marearse con las parrafadas que aún le esperan. Veamos.

El "debido proceso" de la función jurisdiccional, en su vertiente conceptual, es, una realidad sustantiva que, al hallarse vinculada y comprometida con la realidad constitucional de "aquí y ahora" y con el sistema de garantías que esa realidad implica, afecta al cómo institucional del servicio público de la justicia. Dicho de otro modo, el "debido proceso" de la función jurisdiccional se inscribe en la conceptualización de la Administración de Justicia como servicio público. Y mírese por qué. Ahí va.

El "debido proceso", en su sustantividad, no es una realidad neutra. Es una realidad comprometida constitucionalmente que afecta a una propuesta institucional justificada en el cómo se ejerce respecto del justiciable [servicio público]. Pero, permítame el paciente lector indicarle que no siempre se ha pensado de ese modo. No es mi deseo, una vez más, terciar en opiniones ajenas. Pero, para que se haga una idea de lo que deseo aludir ahí está la opinión de Álvarez Sacristán que parece negar que el proceso se "deba" -"debido", se entiende- a la existencia de un sistema de garantías procesales públicas al decir que "(...) ni la justicia es un servicio público, ni la actuación procesal es servicio público en el sentido de la expresión (...)".

Es poco menos que anecdótico y/o pintoresco apelar al garantismo procesal, como elemento indiscutido del concepto del "debido proceso", para, finalmente, negarle su compromiso con el cómo se ejerce. Es tanto como postular un "debido proceso" sin referente alguno que, hallándose en constante estado de levitación, aspira a mantenerse en el aire sin ningún punto de apoyo. Ni por supuesto en su

justificación como servicio público. O sea que, según el referido Álvarez Sacristán²², la justicia no es un servicio público ¡Puf! Es un "poco fuerte", expresarse de ese modo, creo.

Y pongo aquí mi punto y final -por ahora- con el deseo de no haber cansado, en demasía, al paciente lector.

²² ÁLVAREZ SACRISTÁN, I. La justicia y su eficacia. De la Constitución, cit., pág. 28.